

《論 説》

動物の愛護及び管理に関する法律44条2項
という「虐待」の意義

三 上 正 隆

- 一 はじめに
- 二 動物虐待罪の保護法益と法的性格
- 三 「虐待」概念の意義
 - （1）「虐待」概念の質的属性
 - ア 「虐待」の本質
 - イ 「虐待」の態様
 - （2）「虐待」概念の量的属性
 - ア 「虐待」の程度
 - イ 具体例—伊那簡裁平成15年3月13日判決—
- 四 おわりに

一 はじめに

動物の愛護及び管理に関する法律（以下、動物愛護管理法と略称する）44条2項は「愛護動物に対し、みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる等の虐待を行つた者は、五十万円以下の罰金に処する。」として、いわゆる動物虐待罪を規定する。この動物虐待罪に対する警察の対応は時に鈍い場合があると指摘されており、その理由としては、虐待される動物が声を発することができない、我が国では動物虐待が軽視されているといった事情のほかに、そもそも同項にいう「虐待」概念の内実が十分に解明されていないという点が挙げられよう。そこで、以下、本稿では、動物虐待罪の実効性を高めることに寄与すべく、「虐待」概念を検討し、同概念の更なる明確化に努めたい。

二 動物虐待罪の保護法益と法的性格

「虐待」概念の検討を行う前提として、動物虐待罪の保護法益と法的性格を明らかにする必要がある。保護法益としては、まず、苦しめられない等の動物自身が有する利益が考えられる。⁽³⁾ 動物保護管理法の趣旨説明においても、同法の趣旨の一つとして「動物保護」⁽⁴⁾が挙げられており、この「動物保護」という趣旨は、動物保護管理法が動物愛護管理法に改正された際に、基本原則を定める2条に「動物が命あるものであることにかんがみ」及び「人と動物の共生に配慮しつつ」という文言が付け加えられたことに照らすと、動物愛護管理法における動物虐待罪に、より一層強く妥当するものとも考えられる。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

確かに、命ある動物は少なくとも道徳的地位を有しており、「動物は人間が利用するためにだけ存在するものではなく、彼ら自身の資格において良い扱いを受けるべきである」⁽⁷⁾と考えることができる。しかしながら、そのような道徳領域における配慮を直ちに法領域にまで拡張することは、動物の法益主体性を否定する「従来の伝統的な法観念を変革すること」⁽⁸⁾になり、問題があろう。動物虐待罪の保護法益を動物自身の利益と解することは、現行の動物愛護管理法の解釈としては無理があるものと思われる。⁽⁹⁾

思うに、同法の立法趣旨は1条記載の目的にある通り「動物の虐待の防止、動物の適正な取扱いその他動物の愛護に関する事項を定めて国民の間に動物を愛護する気風を招来し、生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養に資する」ことである。かかる目的に照らせば、動物虐待罪の保護法益は、⁽¹⁰⁾「動物愛護の良俗」という社会的法益であると考えべきように思われる。そして、動物自身の利益は、この「動物愛護の良俗」が保護されることの⁽¹¹⁾反射効として保護されるにすぎないと解すべきであろう。

このような理解に対しては、かかる「動物愛護の良俗」を維持することは一定の道徳や倫理を法が強制することにつながるおそれがあるとの指摘

動物の愛護及び管理に関する法律44条2項にいう「虐待」の意義（三上正隆） 73
があり、動物虐待罪は動物に対する虐待行為によって「公衆の正常な感情
が傷つけられるから、これを処罰する」ものであるとして、同罪の保護法
益を「公衆の正常な感情」と捉える見解もある。⁽¹²⁾しかしながら、このよう
な解釈は、警察犯処罰令3条14号のように動物虐待の場所を「公衆ノ目ニ
触レルヘキ場所」に限定していれば成り立ち得ようが、動物愛護管理法44
条2項にはそのような場所的限定はなく、虐待行為が非公然に行われた場
合にも同罪が成立することの説明に窮しよう。⁽¹³⁾
⁽¹⁴⁾
⁽¹⁵⁾

そこで、「公衆の正常な感情」には、虐待行為を直接見ることにより害
される「公衆の正常な感情」のほか、虐待行為が行われたことを事後に知
ることによって害される「公衆の正常な感情」も含まれると解されること
になろう。このように解するならば、非公然に虐待行為が行われても、そ
れを公衆が事後的に知ることによって、「公衆の正常な感情」が害され得
るといえ、これを動物愛護管理法における動物虐待罪の保護法益として考
えることができるようにも思われる。しかしながら、公衆が虐待を事後的
に知るのは、メディアの報道によるところが多いと思われるが、その場合
には虐待行為の概要を言葉や文字により客観的に伝達する方法が多く取ら
れるであろう。このような伝達方法による、人の感情に対する影響力は一
般に弱く、その結果として、虐待行為を通じて事後に「公衆の正常な感
情」が害される危険の程度は類型的に高いとはいえないものと思われる。
よって、動物愛護管理法が、このように軽微な「公衆の正常な感情」の侵
害に対する危険を伴う虐待行為を、当罰性を有するものとして犯罪類型化
したと解することは困難であり、虐待行為が行われたことを事後に知ること
によって害される「公衆の正常な感情」を動物虐待罪の保護法益として
考えることも難しいであろう。また、仮に、公衆に、虐待行為そのものの
映像や写真が事後に伝達されたとしても、それにより「公衆の正常な感
情」が害される程度は、虐待行為の概要が言葉や文字によって伝達された
場合よりは高いと言えるものの、虐待行為を目の当たりにした場合よりは
低いといえ、なお、「公衆の正常な感情」を保護法益として虐待行為を処

罰することには疑問が残る。

さらに、そもそも動物愛護管理法1条で明確に「国民の間に動物を愛護する気風を招来し、生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養に資する」ことが同法の目的とされている以上、動物虐待罪の保護法益が「公衆の正常な感情」であるとの理解は、国家による倫理の強制の排除を目指している点で立法論としては傾聴に値するものの、現行法の解釈としては採用することが困難であるように思われる。

これに対して、「動物愛護の良俗」は、「公衆の正常な感情」を害することを通じて、危殆化されるのであるから、結局のところ、「動物愛護の良俗」を「公衆の正常な感情」の意味で把握することができるとの理解も考えられる⁽¹⁶⁾。しかしながら、「公衆の正常な感情」が害される場合にのみ、「動物愛護の良俗」侵害の危険を認めることができると言えるのかは疑問の余地がある。たとえば、飼い犬が逃げないようにこれを短い鎖で犬小屋につなぎ止めておく行為は多く見かけられるところであり、現代の日本社会では多くの市民がこのような行為を受け入れているものといえ、このような行為は「公衆の正常な感情」を害する行為であるとは一般にいえないであろう。しかしながら、かかる行為は、よく動き回る犬に対して強度の苦痛を与えるものと言え、客観的に動物愛護に反する行為であると考えることができよう。このような動物愛護に反する行為が社会に蔓延するときには、動物愛護の良俗が低下し、「国民の間に動物を愛護する気風を招来し、生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養に資する」という動物愛護管理法1条にいう同法の目的は達成できなくなるものと思われる。したがって、動物虐待罪の保護法益を「動物愛護の良俗」を捉え直したもののとしての「公衆の正常な感情」と解することもやはり困難であると考えられよう。

七二

以上より、動物虐待罪の保護法益は、「公衆の正常な感情」から切り離された、客観的に存在する「動物愛護の良俗」であると解すべきものと思われる。もっとも、同法44条2項において動物虐待罪の客体が「愛護動物」に限定されている以上、「動物愛護の良俗」は「動物一般に対する愛

護の良俗」ではなく、より厳密には「愛護動物愛護の良俗」ということになろう。⁽¹⁷⁾その結果として、愛護動物以外の動物に対する愛護の良俗は「愛護動物愛護の良俗」が保護されることにより、間接的に保護されるに過ぎないものと思われる。

そして、愛護動物を虐待する行為が行われれば、それが非公然的なものであっても、客観的に存在する「愛護動物愛護の良俗」が害される危険を認めることができ、同罪はそれを根拠として処罰を許容する危険犯であると解される。⁽¹⁸⁾もっとも、「愛護動物愛護の良俗」を侵害する危険の発生は動物虐待罪の犯罪要素として明文上要求されておらず、同罪の法的性格は抽象的危险犯であるにとどまるものと考えられる。

三 「虐待」概念の意義

（１）「虐待」概念の質的属性

ア 「虐待」の本質

それでは、以上のような保護法益と法的性格を前提とした場合、動物愛護管理法44条2項にいう「虐待」概念はどのように把握されるべきであろうか。この点、同法の前身と言える軽犯罪法1条21号及び動物保護管理法13条1項における「虐待」の解釈が参考となろう。⁽¹⁹⁾

軽犯罪法1条21号（及び同条各号列記以外の部分）は「牛馬その他の動物を殴打し、酷使し、必要な飲食物を与えないなどの仕方⁽²⁰⁾で虐待した者」を拘留又は科料に処すると規定した。ここでの「虐待」は、「不必要に強度な苦痛を与えること⁽²¹⁾」、「残酷にとりあつかうこと⁽²²⁾」、「非道な取扱い、惨酷な取扱いをすること⁽²³⁾」であって平易に言えば「むごたらしく取扱うこと⁽²⁴⁾」、「非人道的な一切の取扱い行為⁽²⁵⁾」、「一般社会人の道義的感情を害するような惨酷な取扱い⁽²⁶⁾」をいい、「通常不必要に高度の苦痛を加えること」などと解されている。

また、上記軽犯罪法1条21号を受け継いだ動物保護管理法13条1項は、⁽²⁵⁾

「保護動物を虐待し、又は遺棄した者は、三万円以下の罰金又は料料に処する。」として、動物虐待罪を規定している。本項にいう「虐待」については、軽犯罪法1条21号の「虐待」と同様に解する論者が多い。すなわち、「動物に強度の苦痛を与えること」⁽²⁶⁾、「不必要に強度な苦痛を与えること」⁽²⁷⁾、「不必要な苦痛を与えるなどの残虐な方法で動物を苦しめ、傷つけ又は殺害すること」⁽²⁸⁾などと解されている。

このように、軽犯罪法1条21号及び動物保護管理法13条1項にいう「虐待」概念については、「残酷な取扱いをすること」と「不必要に強度な苦痛を与えること」という、大きく分けてふたつの理解があるといえる。

このうち、まず「残酷」は「虐待」の内容となるかであるが、「残酷」であるか否かは、動物の視点から定められるものではなく、人間の視点から定められるものであり、その社会の構成員の多数が残酷であると感じるような行為が残酷な行為となり、「虐待」とされることになろう。このような考え方は動物虐待罪の保護法益を「公衆の正常な感情」と把握する見解からは支持されるものであると思われる⁽²⁹⁾。しかしながら、先述の通り、同罪の保護法益は「愛護動物愛護の良俗」であると解すべきところ、かかる法益は、公衆がどのように当該行為を受け止めるかとは関係なく、たとえば、多くの構成員が残酷であると感じなくても、客観的に動物愛護に反する行為があれば、侵害される危険があるといえる。たとえば、先に例に挙げた、短い鎖を用いて犬を犬小屋につなぐ行為は、日常で良く見られる行為であり、一般に残酷な行為とは把握されないであろうが、犬に対して強度の苦痛を付与するものであると考えることができ、また動物曲芸、たとえばトラなどの調教された動物に火の輪くぐりなどをさせる行為もこれを見たサーカスの客は一般に喜び、残酷であるとは思わないであろうが、曲芸をさせられる動物は強度の苦痛を受けていると解し得る。これらの行為は、残酷な行為とはいえないものの、当該動物に強度の苦痛を与える点で、客観的に動物愛護に反する行為といえ、このような行為が社会に蔓延するときには、「愛護動物愛護の良俗」の維持・発展は望めないであろう。そ

ここで、法益保護の見地からは、このような行為を「虐待」として把握する必要があるが、残酷を「虐待」の内容として要求する見解によれば、この必要性を満たすことはできない。よって、かかる見解に与することは難しいものと考えざるを得ないであろう。

それでは、もう一つの理解、すなわち「苦痛を与える」ことは「虐待」概念の本質的要素となるであろうか。思うに、愛護動物に「苦痛を与える」行為は、動物愛護に正面から反する行為であるといえ、社会においてこのような行為が繰り返されれば、「愛護動物愛護の良俗」は低下し、さらには、「国民の間に動物を愛護する気風を招来し、生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養に資する」という動物愛護管理法の目的（同法1条）は実現できなくなるものといえる。本法の目的を実現するためには、このような「苦痛を与える」行為は、当罰的であると解する必要がある。また、動物愛護管理法2条は基本原則として「動物をみだりに殺し、傷つけ、又は苦しめることのないようにする」ことを挙げており、本法はこれらの行為の防止を目指しているものと解されるが、かかる行為のうち、「殺し、傷つけ」は動物殺傷罪（同法44条1項）で捕捉され、「苦しめる」という行為は動物虐待罪（同条2項）で捕捉されていると考えることができる。よって、「苦痛を与えること」は、「虐待」の本質的要素として考えることができる⁽³⁰⁾。

これに対して、「虐待」概念の中に殺傷が含まれていた動物保護管理法13条1項に関し、「首を瞬時にはねるとか麻酔をかけた状態で動物の体を切り裂くなどして殺害した場合には、動物に与える苦痛の有無、程度を問わずに虐待とみるべきであるから、虐待という概念は不必要な強度の苦痛を与えるということだけで説明し尽くされるとはいえない」との指摘がある⁽³¹⁾。しかしながら、「首を瞬時にはねる」行為は、これがなされれば愛護動物は一瞬であっても強度の苦痛を感じるといえるから、なお強度の苦痛を与える行為であるといえ、「虐待」の要件として苦痛を要求したとしても同項の「虐待」で捕捉することは可能であろう。これに対して、麻酔を

かけた状態で「動物の体を切り裂く」行為や「殺す」行為は、動物に苦痛を与えないため、同項にいう「虐待」行為の要件として苦痛を要求するときには、「虐待」に該当しないこととなる。しかしながら、そのような帰結は、これらの行為が動物の愛護とは相いれず、「愛護動物愛護の良俗」を低下させる危険を伴う行為であるといえ、これを処罰しない場合には、「愛護動物愛護の良俗」の保護に欠けることになってしまう点で、問題であろう。そこで、動物保護管理法13条1項の「虐待」の内容として、苦痛を伴わない殺傷行為をなお処罰するために、苦痛を要求すべきではないとする上記の指摘には一定の合理性を認めることができる。これに対して、動物愛護管理法では、動物殺傷行為と虐待行為とは別々に規定されており（同法44条1項、2項）、動物殺傷行為はそれが苦痛を付与するものであるか否かにかかわらず、これを動物殺傷罪（同法44条1項）で処罰することができる。⁽³²⁾ よって、動物愛護管理法の下では、動物保護管理法における解釈のように、「虐待」で苦痛を伴わない行為を捕捉する必要はないと考えることもでき、「虐待」の要件として、苦痛を要求しても問題はないものと思われる。

このようにして、苦痛を「虐待」行為の要件とすべきであると考えられるが、ここでの「苦痛」には、酷使する、異物を飲ませることなどによって惹起される身体的苦痛のほか、猫に大型犬をけしかけることなどによって惹起される恐怖といった心理的苦痛も含まれると解すべきである。⁽³³⁾

そして、刑法の謙抑性の観点からは、このような「苦痛」は「強度」なものでなければならないであろう。⁽³⁴⁾ すなわち、軽度の「苦痛」を付与する行為は、動物愛護に反する行為とはいえ、その程度は軽微であり、典型的に「愛護動物愛護の良俗」を侵害する危険が低いといえる。よって、かかる行為は刑罰を科することによって阻止するに値するほどの当罰的行為であるとはいえず、このような場合までも処罰を予定することは許されないものと思われる。

もっとも、何がここでの「強度の苦痛」に当たるのかは、動物の習性等

動物の愛護及び管理に関する法律44条2項にいう「虐待」の意義（三上正隆） 79
を考慮して、個別具体的に判断する必要がある。⁽³⁵⁾ また、同じ行為が行われてもそれによって受ける苦痛の量は種ごとに異なるのであり、人間の観点から苦痛の量を測定するのではなく、当該愛護動物の観点からこれを測定⁽³⁶⁾しなければならぬであろう。

それでは、「虐待」といえるためには、その「強度の苦痛」が「不必要」に与えられる必要があるのであろうか。

この点、苦痛の付与が「不必要」であることを「虐待」の要件とする見解の下では、研究や闘犬・闘牛などのために動物に強度の苦痛を付与する行為は、これが人間にとって必要なものである以上、そもそも「虐待」の構成要件に該当しない、という判断がなされることとなる。⁽³⁷⁾

しかしながら、人間にとって必要があるために愛護動物に強度の苦痛を与える行為は、人間の福祉のために役立ちこそすれ、愛護動物の福祉を増進させるものではない。よって、それは愛護動物にとっては単に強度の苦痛を付与する行為にすぎず、客観的に見て、愛護動物の愛護に反する行為であるといえよう。したがって、このような行為は「愛護動物愛護の良俗」を害する危険を有する行為であるといえ、「虐待」の構成要件に該当すると解すべきである。そして、その苦痛の付与が人間にとって必要である場合には、違法性阻却事由（正当行為（刑法35条））が存在するものとして、当該行為の違法性が阻却され则认为すべきであろう。たとえば、先に挙げた研究や闘犬・闘牛などのために愛護動物に強度の苦痛を付与する行為は、「虐待」に当たるものの、これが人間にとって必要であるため^{(38) (39)}に、違法性が阻却され、犯罪が成立しない余地があるものと解し得る。⁽⁴⁰⁾

これに対して、強度の苦痛を付与することが当該愛護動物にとって必要である場合、たとえばその愛護動物自身を治療する場合には、これは愛護動物の福祉に沿った行為であるといえ、客観的に愛護動物の愛護に反する行為とは言えないであろう。よって、このような行為が行われても、「愛護動物愛護の良俗」が害される危険があるとは判断できないものと思われる。したがって、愛護動物にとって必要があり苦痛の付与がなされる場合

には、それはそもそも「虐待」の構成要件に該当するものではないと解すべきである。

このようにして、愛護動物に対して「強度の苦痛を与えること」は、これが人間にとって「必要」である場合には「虐待」の構成要件に該当し、その違法性が阻却され得るにすぎないが、それが愛護動物にとって必要であれば、そもそも「虐待」の構成要件に該当しないと解される。⁽⁴¹⁾すなわち、「虐待」といえるためには、「強度の苦痛」が「愛護動物にとって不必要に」与えられる必要があると考えられる。

次いで、「虐待」に当たるか否かにおいて、「虐待にあたるか否かは、苦痛の有無、程度、必要性だけではなく、目的の正当性、手段の相当性、四囲の状況（例えば公衆の面前か否か）等を総合して社会通念としての一般人としての健全な常識により判断することとなる」とする見解があるが、⁽⁴²⁾「目的の正当性」といったような行為者の主観面を考慮する必要があるのであろうか。

思うに、「虐待」は、客観的構成要件要素として行為者の認識対象になるべきものであると解される以上、その要素として、行為者の主観面を考慮すべきではないものと思われる。たとえば、行為者が愛護動物に対し治療行為を行う場合、行為者が治療するという主観的目的を有しているかは、「虐待」の構成要素たる「愛護動物にとって不必要に」の要件を具備しているか否かの判断にあたって加味すべきではないであろう。当該苦痛付与行為が「愛護動物にとって不必要」であるか否かは、それが客観的にみて愛護動物の健康の維持・増進に必要な行為であるか否かで判断すべきものであると解される。そして、行為者がこの「愛護動物にとって不必要に」について錯誤に陥っている場合には、「虐待」の事実に対する認識が欠け、故意が認められないと構成すべきであろう。

最後に、「愛護動物にとって不必要に強度の苦痛を与える」行為であっても、それが「殺傷」行為である場合には、動物愛護管理法44条1項の動物殺傷罪に当たり、また、「遺棄」行為である場合には同条3項の動物遺

動物の愛護及び管理に関する法律44条2項にいう「虐待」の意義（三上正隆） 81
棄罪に該当するものと解される。したがって、同条2項の「虐待」からは、動物にとって不必要に強度の苦痛を与える「殺傷」行為及び「遺棄」行為は除かれるべきであろう。

以上より、「虐待」とは「愛護動物にとって不必要に強度の苦痛を与えることで、殺傷及び遺棄以外のもの」と定義できると考える。

イ 「虐待」の態様

① 不作為による虐待

動物愛護管理法44条2項は「虐待」の例として、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」ことを挙げる。かかる例示行為が規定された趣旨は「悪質な動物繁殖販売業者による多数の動物放置事件などを踏まえ飼主等による消極的な虐待行為に対応」できるようにすることにある⁽⁴³⁾、動物虐待罪は少なくともこのような不作為による虐待行為の処罰を予定しているといえる。

そこで、不作為による虐待の場合、いかなる者が、愛護動物に強度の苦痛を与えないようにし、もって「愛護動物愛護の良俗」の危殆化を回避する作為を行う特別の法的義務、すなわち、作為義務を負うのか、が問題となる。この点、動物愛護管理法7条は、動物の所有者又は占有者の責務について「動物の所有者又は占有者は、命あるものである動物の所有者又は占有者としての責任を十分に自覚して、その動物をその種類、習性等に応じて適正に飼養し、又は保管することにより、動物の健康及び安全を保持するように努め」なければならないとして、動物の所有者又は占有者に対し、動物の適正飼養及び保管の義務を課している。そこで、本条に基づき、動物の所有者又は占有者は、作為義務を負い、この義務を懈怠して、消極的に動物に強度の苦痛を与えた場合には、不作為による「虐待」を認めることができる^{(44) (45)}と解し得よう。

そして、「占有者」の「占有」は「刑法上の占有をいい、動物に対する事実上の支配関係が存在することであり、かつこれをもって足りる⁽⁴⁶⁾」と解される。もっとも、このような支配関係は多少継続的なものであることを

要しよう。⁽⁴⁷⁾たとえば、自宅の軒先に捨てられた犬をかわいそうに思い飼いはじめれば、占有者として作為義務を負い、その後、給餌・給水をしないで、結果としてその犬が衰弱すれば、作為義務違反が肯定でき、「虐待」を認めることができよう。

このように「虐待」を不作为と解する場合には、44条3項の「遺棄」との区別が困難になるとの指摘もなされている。⁽⁴⁸⁾しかしながら、3項の「遺棄」は愛護動物を危険な場所に移転させる行為（移置）及び危険な場所に遺留して立ち去るような行為（置き去り）といった「場所的離隔を伴った保護の拒絶」であり、他方、2項の「虐待」は「場所的な離隔を伴わないで必要な保護を与えない行為」（不保護）であると解して、「遺棄」と「虐待」⁽⁴⁹⁾とを場所的離隔の有無によって区別することも可能であろう。

② 作為による虐待

それでは、以上のような不作为による「虐待」のほか、作為による「虐待」も認められるのであろうか。先述のとおり、動物愛護管理法44条2項は「虐待」の例として「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為のみを掲げている点で問題となる。

この点、動物保護管理法13条1項における「虐待」には不作为のほか⁽⁵⁰⁾作爲も含まれると解されてきた。これは、同法では「虐待」と「遺棄」のみが規定され、通常作為の形態で行われる殺傷が「虐待」に含まれることになるから、素直な解釈といえよう。これに対して、動物愛護管理法は44条1項で動物殺傷罪を規定しており、これとは別に同条2項で動物虐待罪を規定している。したがって、「愛護動物にとって不必要に強度の苦痛を与える行為」のうち、その作為形態は殺傷罪（及び遺棄罪）で、不作为形態は虐待罪で捕捉されると解することもできる。このように「虐待」の態様が不作为に限定されると解するならば、作為により動物に対し強度の苦痛を与える行為は、これが動物殺傷罪（及び動物遺棄罪）に当たらない限り、処罰されないということになる。具体的には、愛護動物に対して、その能力を超えている労務を要求したり、強制的に飼料を食べさせたりする行為

動物の愛護及び管理に関する法律44条2項にいう「虐待」の意義（三上正隆） 83
などが、動物に強度の苦痛を与えるものであったとしても、不処罰となる可能性がある。

しかしながら、これらの行為は、動物に強度の苦痛を与える点で、客観的に動物の愛護に反する行為であるといえ、「愛護動物愛護の良俗」を侵害する危険を伴うものといえる。したがって、上記のような、作為の形態により動物に強度の苦痛を付与する行為が殺傷（及び遺棄）に当たらない限り不処罰とする解釈は、法益保護の見地から、妥当であるとはいえないであろう。また、動物愛護管理法44条2項は、先述のとおり近時問題となっている動物放置などの飼い主等による消極的な虐待行為に対応しやすくする、という政策的観点から「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為を掲げているに過ぎないと解することができ、かかる不作為のみが例示行為として掲げられているからといって、これが直ちに作為の態様を「虐待」から排除するものではないと考えられる。よって、「虐待」は不作為の態様のみならず、作為の態様によるものも認められると解すべきであろう。^{(51) (52)}

（２）「虐待」概念の量的属性

ア 「虐待」の程度

次に、「虐待」の程度（量的属性）について検討しよう。⁽⁵³⁾「虐待」とは前述のとおり「愛護動物にとって不必要に強度の苦痛を与えることで、殺傷及び遺棄以外のもの」と解されるが、いかなる程度の行為がかかる「虐待」行為に該当するのであろうか。この問題を考えるにあたっては、「虐待」の例示として挙げられている「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為が参考になるものと思われる。すなわち、動物虐待罪は「愛護動物愛護の良俗」という法益を保護していると解されところ、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為は、愛護動物に対し強度の苦痛を与えることによって、当罰的なほどにかかる法益を侵害する危険を惹起する行為の例として、把握することができる。そして、この例示は単なる例示ではなく、「虐待」と言える行為の量的最下限を示

すものであり、「虐待」行為の程度を限定するものであると解される。なぜなら、立法者は、「悪質な動物繁殖販売業者による多数の動物放置事件などを踏まえ飼い主等による消極的な虐待行為に対応」しやすくする⁽⁵⁴⁾という政策目的の実現の観点からは、愛護動物に対し、「みだりに給餌又は給水を十分に行わず不健康な状態に陥らせる行為」などといった軽微な行為を処罰対象として規定することが望ましいにもかかわらず、あえて「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為という重大な行為を例示行為として掲げており、ここからは、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為とその程度において同等ないしより重大な行為があって初めて、一般に当罰性を獲得するほどの「愛護動物愛護の良俗」侵害の危険が認められ、これを処罰することができるとの立法者の判断を読み取ることができるからである。したがって、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」に続く「等」（動物愛護管理法44条2項）という文言に包摂されるその他の「虐待」行為は、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為とその程度において同等ないしより重大な行為でなければならないというべきであろう。

それではいかなる行為が上記のような行為といえるのであろうか、その判断方法が問題となる。まず、例として示されている「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為は、より厳密には、これを「みだりに給餌又は給水をやめること」という「行為」の部分と「衰弱」という「行為客体の侵害」の部分とに分けることができる。そこで、当該「行為」が「みだりに給餌又は給水をやめる」という「行為」と比較して、同等ないしより重大なものであるか、加えて、当該「行為客体の侵害」が「衰弱」と比較して、同等ないしより重大なものであるかで判断するという方法も考えられる。

しかしながら、このように単純に「行為」・「行為客体の侵害」を比較して判断できるかは疑問である。上述の通り、立法者は、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為が惹起するところの「愛護動

物愛護の良俗」侵害の危険が、当罰性を獲得する程度の危険であると判断している、と解することができる。そして、「愛護動物愛護の良俗」侵害の危険は、愛護動物に対する強度の苦痛の付与を介在して惹起されるものと考えられる。しかるときには、問題となっている「行為」・「行為客体の侵害」と「給餌又は給水をやめること」・「衰弱」とをその程度において単純に比較するのではなく、それらから導かれる、愛護動物に対する強度の苦痛の量が比較されなければならないといえよう。そして、当該「行為」から当該「行為客体の侵害」に至るまでに愛護動物に対して与えられる強度の苦痛の量が、「みだりに給餌又は給水をやめる」という「行為」から「衰弱」という「行為客体の侵害」に至るまでに愛護動物に付与される強度の苦痛の量と同等か、これを上回る場合に初めて、当該行為（当該「行為」・当該「行為客体の侵害」）は、当罰性を獲得するほどの「愛護動物愛護の良俗」侵害の危険を惹起するものとして、「虐待」の量的属性を備え、「虐待」に該当するものと解されよう。

イ 具体例—伊那簡裁平成15年3月13日判決—

以上の「虐待」の量的属性をより明確化するために、動物愛護管理法27条2項（平成17年法律第68号改正前）の動物虐待罪を初めて適用したとされる伊那簡裁平成15年3月13日判決⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾の事案に、上述の判断方法を当てはめてみたい。

① 事案の概要

被告人Xは、長野県上伊那郡A町B番地及びその周辺土地において「C乗馬牧場」を経営し、同所に設置された厩舎において被告人が所有・管理する愛護動物である馬2頭（クォーターホース1頭、シェトランドポニー1頭）を飼育していた。平成13年3月9日ころから同年4月11日までの間、上記馬2頭に対し、死馬2頭が放置されていた上に馬糞の清掃もなされていない不衛生な環境の下で、十分な給餌をせず、これを栄養障害状態に陥らせた。

検察官は、上記行為が動物愛護管理法27条2項の動物虐待罪に該当する

ものとして、被告人を起訴した。これに対し、弁護人は「2頭の馬の給餌を減らしていたこと及びその結果として2頭の馬の各体重が減少していたことは事実であるが、『伏せ』の調教課程として給餌を通常の約半分に減らしていたにすぎないし、結果として2頭の馬も衰弱などしていなかったから、虐待には該当しない」旨主張し、被告人もこれに沿う供述をしていた。

② 判決要旨―有罪（確定）

「動物の愛護及び管理に関する法律二七条二項に規定する『虐待』とは、愛護動物の飼育者としての監護を著しく怠る行為を指すものであり、その代表的な行為として『みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる行為』が例示されているものと解される。したがって、必ずしも愛護動物が『衰弱』していなければならないものではなく、著しく不衛生な場所で飼育し、給餌又は給水を十分与えず愛護動物を不健康な状態に陥らせるといった行為も、上記『虐待』に該当するものと言うべきである」

これを本件においてみると、

〔1〕平成13年3月2日から同年4月11日までの間における1日当たりの平均飼料使用量が、保護馬二頭分の飼料必要量として算出される1日当たりの平均量をかなり下回っていると言える。

〔2〕次に、その結果として、保護されたクォーターホースは栄養消耗症と推定され、シェトランドポニーは栄養失調症と推定されている。

〔3〕さらに、被告人は、毎日上記牧場にいるわけではなく、かつ、被告人が馬の世話を依頼していた者も、同牧場へほとんど赴いていないことに照らすと、少なくとも平成13年3月9日から同年4月11日までの間、被告人が同牧場において給餌・給水を含む馬の世話をきちんと行っていなかった蓋然性は高いと言わざるを得ない。

〔4〕また、保護された馬2頭は、馬糞が除去されず、腐敗が進行した死馬2頭が内外に放置されたボロボロの厩舎内に、1メートル前後の綱で繋がれた状態にあったことに鑑みれば、極めて不衛生な状況下で飼育され

ていたと言わなければならない。

〔5〕 その上、被告人は、D による生きている馬2頭の譲渡の求めに応じしており、このことは、被告人自身が今後適切に馬を飼育していくことはできないと認識していたことを推認させる。

「以上の諸点を総合考慮すると、被告人は、本件二頭の馬に対し、十分な給餌をせず結果的に不健康な状態（栄養障害状態）に陥らせた上、著しく不衛生な状況下で飼育していたものであって、馬の調教の事実の有無・内容を検討するまでもなく、愛護動物の飼育者としての監護を著しく怠っていたと評価せざるを得ない。したがって、被告人は動物の愛護及び管理に関する法律二七条二項に規定する『虐待』を行ったと認定するのが相当である」

③ 判断方法の当てはめ

本件事案では、クォーターホースとシェトランドポニーが「不健康な状態（栄養障害状態）」と認定されており、この「不健康な状態」は栄養失調症に至ったシェトランドポニーに本罪が成立していることから、栄養失調症で足りると解される。よって、少なくとも当該行為客体たるシェトランドポニーに対する侵害は、「衰弱」に至らないものであり、「衰弱」より「軽い」といえよう。そこで、かかる場合に、単純に「行為客体の侵害」を比較すると、当該「行為客体の侵害」たる「不健康な状態（栄養失調症）」は、動物愛護管理法44条2項例示の「行為客体の侵害」たる「衰弱」をその程度において下回っている以上、本件被告人Xの行為は「虐待」に該当しないと解することもできる。弁護人は「結果として二頭の馬も衰弱などしていなかった」として「虐待」に該当しないと主張しているが、かかる主張はこのような判断方法に沿ったものと言える。

しかしながら、前述の通り、問題となっている「行為」から「行為客体の侵害」に至るまでに愛護動物が受ける強度の苦痛の量を「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為から導かれる強度の苦痛の量と比較すべきである。そして、上記〔1〕〔2〕〔3〕の要素から認定さ

れている、「給餌又は給水を十分に与えない」という不作為による「行為」から「不健康な状態（栄養失調症）」という「行為客体の侵害」に至るまでにシェトランドポニーが受けた強度の苦痛の量は、不十分ながらも「給餌又は給水」が行われており、かつ、「不健康な状態（栄養失調症）」にとどまり、「衰弱」に至っていないことにかんがみると、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為から導かれる強度の苦痛の量を下回っているともいえそうである。しかしながら、本件では〔４〕「馬糞が除去されず、腐敗が進行した死馬２頭が内外に放置されたボロボロの厩舎内」という「著しく不衛生な状況下で飼育していた」ことも認定されている。そこで、「給餌又は給水を十分に与えない」という「行為」から「不健康な状態（栄養失調症）」という「行為客体の侵害」に至るまでに受けた苦痛の量と、「著しく不衛生な状況下で飼育していた」ことから導かれる苦痛の量とを合わせ考えれば、被告人の当該行為から導かれる苦痛の量は、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為から導かれる苦痛の量を上回る可能性がある。そして、上回ったと判断できる場合に初めて、被告人の当該行為は、当罰的な「愛護動物愛護の良俗」侵害の危険を惹起した行為として、「虐待」に該当すると判断することができよう。

四 おわりに

動物愛護管理法44条２項という「虐待」の意義はその質的属性及び量的属性において以上のように解することができるものと思われる。もっとも、
 五七
 なお「虐待」概念は十分に明確であるとはいえず、立法作業においても、イギリスやドイツなどの動物保護規定が整備されている国々の立法例を参考に、「虐待」に該当する例示行為をより詳細に規定して、その明確化を図るべきであろう。⁽⁵⁷⁾

本稿では同法44条１項所定の「殺傷」概念、同条３項所定の「遺棄」概

動物の愛護及び管理に関する法律44条2項にいう「虐待」の意義（三上正隆） 89

念を明らかにすることができなかった。「虐待」概念と境を接する、これらふたつの概念が明らかにならなければ、「虐待」概念が真に明らかにされたということとはできないであろう。これらの概念の検討については他日を期すこととしたい。

- (1) 木賊ゆたか「告発（動物虐待）」NCCD Japan 32号（通算105号）45頁以下（2004）。
- (2) 動物愛護管理法44条2項にいう「虐待」概念の解釈の方向性については、伊那簡裁平成15年3月13日判決（後出）に対する評釈である三上正隆「判批」法時78巻10号82頁以下（2006）において、すでに示した。
- (3) この点、安西温は、動物愛護管理法の前身である「動物の保護及び管理に関する法律」（以下、動物保護管理法と略称する）における遺棄罪（同法13条1項）の法的性格を動物の生命、身体に対する具体的危険犯と解し（同『特別刑法〔5〕』259頁（警察時報社、1985））、動物が法益主体たることを認めているようにも解される。なお、動物虐待罪の沿革については、林修三「動物の保護及び管理に関する法律について」ジュリ558号104頁以下（1974）、大石良雄「動物愛護精神の啓蒙・啓発を期して一違反者には加罰も一」時法857号1頁以下（1974）、片山晴雄「動物保護法解説（上）一罰則を中心として一」警察公論29巻12号57頁以下（1974）、原田國男「動物の保護及び管理に関する法律」伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法〔第五巻経済法編Ⅱ〕』525頁以下（立花書房、1984）、宮田勝重「社会現象としての動物愛護法」法時73巻4号29頁以下（2001）、動物愛護管理法研究会編『改正動物愛護管理法：解説と法令・資料』3頁以下（青林書院、2001）、青木人志『動物の比較法文化—動物保護法の日欧比較—』199頁以下（有斐閣、2002）、吉田眞澄『動物愛護六法』14頁以下（誠文堂新光社、2003）、動物愛護論研究会編『改正動物愛護管理法Q&A』6頁以下（大成出版社、2006）、三上・前掲注（2）83頁を参照。なお、青木・199頁以下は、明治13年の旧刑法422条及び423条の家畜殺害罪の存在を指摘するが、同罪は財産罪の一種として規定されていたにすぎない。
- (4) 犯人の少年が猫を虐待していた神戸連続児童殺傷事件などを機縁とした平成11年法律第221号による改正により、動物保護管理法は動物愛護管理法となった。動物愛護管理法27条は、1項で「愛護動物をみだりに殺し、又は傷つけた者は、一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。」として動物殺傷罪を規定し、また2項では「愛護動物に対し、みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる等の虐待を行つた者は、三十万円以下の罰金に

処する。」として動物虐待罪を処罰している。さらに3項では「愛護動物を遺棄した者は、三十万円以下の罰金に処する。」として動物遺棄罪を規定している。動物愛護管理法において、動物保護管理法13条1項の「虐待」行為が「愛護動物をみだりに殺し、又は傷つけ」る行為（動物愛護管理法27条1項）と「虐待」行為（同条2項）とに分けられ、同時に、後者の「虐待」行為の例示として「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為が掲げられることとなった。その後、同法の改正法（平成17年法律第68号）により、動物虐待罪は動物愛護管理法44条2項に規定され、犯罪要件に変更はないものの、刑の上限が「三〇万円以下の罰金」から「五〇万円以下の罰金」に引き上げられた。同改正法については、金子光宏「ペット販売業者に対する登録制の導入 ●命ある動物の適正な取扱いのために（動物の愛護及び管理に関する法律の一部を改正する法律）」時法1749号6頁以下（2005）、動物愛護論研究会編・前掲注（3）1頁以下を参照。

- (5) 『衆議院会議録』第71回国会56号6-7頁。青木・前掲注（3）206頁以下参照。
- (6) 動物愛護管理法2条（基本原則）については、吉田・前掲注（3）35頁以下を参照。
- (7) デヴィッド・ドゥグラツィア／戸田清訳『動物の権利』29頁（岩波書店、2003）。なお、動物の道徳的地位については、同19頁以下を参照。
- (8) 原田・前掲注（3）528頁。
- (9) なお、軽犯罪法1条21号（後掲注（25）参照）の動物虐待罪の解釈においても、動物の法益主体性は否定されている（植松正『軽犯罪法講義』128-9頁（立花書房、1948）、大塚仁『特別刑法 法律学全集42』116頁（有斐閣、1959））。
- (10) 原田・前掲注（3）528頁、動物愛護管理法令研究会編・前掲注（3）121-2頁。青木・前掲注（3）207頁参照。
- (11) 大塚は、軽犯罪法1条21号の動物虐待罪の解釈においてであるが、「動物の保護は愛護精神保護の反射効である。動物じたいに保護法益をみとめたものではない」とする（同・前掲注（9）116頁）。もっとも、このような人間中心的な法益概念の把握が妥当であるかはなお検討を要するのであり、動物愛護管理法の解釈を超えて、そもそも動物自身が法益主体たり得るかという問題は一考の余地がある。なお、動物の権利については、トム・レーガン「動物の権利」ピーター・シンガー編／戸田清訳『動物の権利』35頁以下（技術と人間、1986）、ピーター・シンガー／戸田清訳『動物の解放』23頁以下（技術と人間、1988）、ピーター・シンガー／山内友三郎・塚崎智監訳『実践の倫理（新版）』67頁以下（昭和堂、1999）、山村恒年・関根孝道編

- 『自然の権利』1頁以下（信山社、1996）、ロデリック・F・ナッシュ／松野弘訳『自然の権利』1頁以下（筑摩書房、1999）、ドゥグラツィア・前掲注（7）1頁以下などを参照。また、法の領域での動物の擬人化については、青木・前掲注（3）249頁以下、同『法と動物：ひとつの法学講義』217頁以下（明石書店、2004）などを参照。
- (12) 町野朔は「動物愛護の倫理を保護するために、法が介入すること」は許されないとする（同『犯罪各論の現在』262頁（有斐閣、1996））。また山田卓生は、「動物愛護を法により命令することはできない」とする（同「動物と人間の関係」法時73巻4号4頁（2001））。
- (13) 町野・前掲注（12）262頁。
- (14) 明治41年の警察犯処罰令3条14号は「公衆ノ目ニ触レルヘキ場所ニ於テ牛馬其ノ他ノ動物ヲ虐待シタル者」を20円未満の科料に処するとして、動物虐待行為を処罰している。この警察犯処罰令の規定は、「公衆ノ目ニ触レルヘキ場所ニ於テ」という場所的要件が付加されていることから、その保護法益は「動物が虐待されるのを見ることによって害される公衆の感情」とされている（伊藤栄樹『軽犯罪法〔改訂版〕』162頁（立花書房、1971）、原田・前掲注（3）526頁。なお、鹽野季彦は、同号を動物虐待行為が「人をして不快の感を惹起せしめ善良の風俗に反すること疑なきが故に」これを取り締まった規定とする（同『警察犯処罰令釈義』179頁（厳翠堂書店、1927））。
- (15) 公然性の要件を欠く軽犯罪法1条21号の動物虐待罪の保護法益は、公衆の感情ではなく、動物愛護の良俗であると解されている（植松・前掲注（9）128頁。野木新一ほか『註釈軽犯罪法』74頁（良書普及会、1949）、大塚・前掲注（9）116頁参照。）
- (16) 山口厚は「公衆の感情を傷つけることがわいせつ罪の処罰根拠だとする」町野の見解（町野・前掲注（12）262-3頁）を「伝統的見解が着目する性的秩序・風俗を、公衆の関心・感情という見地から捉え直したものである」ということができようとする（山口厚『刑法各論〔補訂版〕』497頁（有斐閣、2005））。
- (17) 「愛護動物」とは、「牛、馬、豚、めん羊、やぎ、犬、ねこ、いえうさぎ、鶏、いえぼと及びあひる」（動物愛護管理法44条4項1号）、及び「前号に掲げるものを除くほか、人が占有している動物で哺乳類、鳥類又は爬虫類に属するもの」（同項2号）である。
- (18) このように非公然的に実行行為が行われた場合でも、秩序という社会的法益が害される危険が認められる他の犯罪類型として、判例が「勤労の美風」をその保護法益と解する賭博罪（刑法185条）（最大判昭和25年11月22日刑集4巻11号2380頁）が挙げられよう（もっとも、「勤労の美風」を同罪の保護法益とすることについては、更なる慎重な検討が必要である）。

- (19) なお、軽犯罪法1条21号が引き継いだとされる警察犯処罰令3条14号における「虐待」は、「見る者をして不快の感を起さしむる程度の惨酷の行為」(鹽野・前掲注(14)181頁)、「残忍、過酷なる処置を為すこと」をいい、「見る者をして不快の感を催せしむる非道徳なる総ての行為」(村上又一『警察犯処罰令研究』321頁(帝国講学会、1927))として定義されている。このように警察犯処罰令3条14号においては、「不快の感を起さしむる」といった要素がその「虐待」概念の内容に含まれているが、これは同罪の成立には公然性が要求されており、その保護法益が「動物が虐待されるのを見ることによって害される公衆の感情」とされていること(注(14)参照)の結果であると解される。これに対して、動物愛護管理法の保護法益は、「愛護動物愛護の良俗」であり、このような「不快の感を起さしむる」といった要素を「虐待」概念の内容に含めしめる必要はないであろう。
- (20) 伊藤・前掲注(14)164-5頁。植松・前掲注(9)130頁及び野木ほか・前掲注(15)74頁も同様に解する。
- (21) 大塚・前掲注(9)116頁。
- (22) 新警察社編集部『軽犯罪法詳解』75頁(新警察社、1948)。
- (23) 増永義一『軽犯罪法解説』103頁(高文社、1948)。
- (24) 福原忠男・柏木博『軽犯罪法解説』77頁(三芳書房、1948)。
- (25) なお、動物保護管理法の制定に伴い、軽犯罪法1条21号は削除された。
- (26) 片山晴雄「動物保護法解説(下)一罰則を中心として」警察公論30巻2号65頁(1975)。
- (27) 安西・前掲注(3)256頁。
- (28) 原田・前掲注(3)536頁。
- (29) 「公衆の感情」を保護していると解される警察犯処罰令3条14号(注(14)参照)の「虐待」につき、大森八十一郎は「虐待シタル者トハ普通ノ感念ニ於テ虐待ト見ルベキモノナレハ可ナリ」(傍点筆者)とする(同『警察犯処罰令適用義解』250頁(清水書店、1910))。
- (30) このような理解の前提として、そもそも動物虐待罪の客体たる愛護動物が苦痛を感じる能力を有することが必要となる。この点、ドゥグラツィアは「無脊椎動物が感覚性をもつかどうかについては大きな不確実性があるが、すべての脊椎動物を含む多くの動物が苦痛を感じるができるという想定を支持する証拠は、圧倒的に多い」とする(同・前掲注(7)66頁)。そして、44条4項に列挙されている「愛護動物」は脊椎動物として苦痛を感じることができると考えられるから、動物虐待罪の客体との関係で、「苦痛」を要件とすることに問題はないものと解される。
- (31) 原田・前掲注(3)535-6頁。これに対して、「不必要な苦痛を与えずに

殺すのは残虐ではない」とする見解として、植松・前掲注（9）130頁。

- (32) 立法者は、動物殺傷行為は、苦痛の有無にかかわらず類型的に「愛護動物愛護の良俗」を侵害する危険を伴う行為であるとして、当罰的であると考え、動物愛護管理法において、動物殺傷罪を、苦痛の付与を要件とする動物虐待罪とは別に規定したものと解することもできよう。

- (33) ドゥグラツィアは、身体的苦痛及び心理的苦痛を惹起する行為として「よく生きる能力に著しく干渉するような運動への外的制約」（傍点原著）という意味での「監禁」を挙げる。かかる意味での「監禁」の例につき、「サルを小さな何もない檻に一頭だけ閉じこめることである。サルは結局のところ、歩き回り、ものを探索し、遊び、他のサルといっしょに時間を過ごすことを好むからである。運動への厳しい制約は、しばしば苦痛や身体的な不快感を引き起こし—生活条件が不自然で正常な身体運動を妨げるときには—ほとんど常に苦悩やそれに伴う不快な情動的経験をもたらす」とする（ドゥグラツィア・前掲注（7）86頁）。なお、動物が受ける苦痛については、マリアン・S・ドーキンス／長野敬訳『動物たちの心の世界』15頁以下（青土社、2005）、マーク・ベコフ／藤原英司・辺見栄訳『動物の命は人間より軽いか—世界最先端の動物保護思想』73頁以下（中央公論新社、2005）、ドゥグラツィア・前掲注（7）58頁以下などを参照。

- (34) 原田・前掲注（3）529頁。

- (35) 片山・前掲注（26）65頁。

- (36) シンガーは「時には、動物の理解力が人間よりも乏しいために、動物の方が人間よりも多く苦しむかも知れない」とし、「たとえば、我々が戦争中に捕虜を捕まえているとしよう。捕虜に対しては、捕獲され、身体検査を受け、^マ拘留されねばならないが、それ以外の点で危害を加えられることはないし、戦争が終われば解放されるだろう、と説明することができる。しかしながら、野生の動物を捕獲する場合には、その動物の命を脅かしはしないということを動物には説明できない。野生の動物は力づくでオリに閉じこめようとする^{ちから}ことと殺そうとすることを区別できない。野生の動物にはどちらの試みも同じだけの恐怖を与えるのである」とする（シンガー『実践の倫理』・前掲注（11）73頁以下）。

- (37) 伊藤は、軽犯罪法1条21号における動物虐待罪（殺傷罪を含む）につき、「狩猟、有害鳥獣駆除、研究等のため、あるいは、人類生存上必要な食用に供するため、一定の動物を殺すような行為は、殺すことについて正当な理由があるものとして、『虐待』にはあたらない」とする（同・前掲注（14）165頁）。

- (38) 片山は「不必要に」の判断は違法性阻却事由の判断であるとする（同・前

掲注(26) 67頁)。

- (39) 違法性阻却事由が構成要件該当阻却事由かの判断では、その事由の存在する場合にも法益侵害ないしその危険が認められるか否かがその基準となると考えられる。すなわち、構成要件該当阻却事由は、その存在により法益侵害ないしその危険が否定されるのに対して、違法性阻却事由は、これが存在してもなお法益侵害ないしその危険は肯定され、ただ優越的利益が存在するために、当該行為が正当化されるにすぎないものと解される。
- (40) 人間にとって必要があれば、常に愛護動物に強度の苦痛を与えることが許容されるわけではなく、いかなる場合であればこれが許容されるのか、その範囲は慎重に定められなければならない。なお、具体的な行為に対する動物虐待罪の成否については、片山・前掲注(26) 66頁以下、原田・前掲注(3) 536頁以下が詳細にこれを検討する。
- (41) 動物愛護管理法44条2項では、「みだりに給餌又は給水をやめることにより衰弱させる」行為が「虐待」の例示としてあげられており、「みだりに」すなわち「不必要に」は「虐待」の構成要素となっているものと解される。このように虐待の構成要素とされる「みだりに」は、「愛護動物にとって不必要に」の意味に解すべきである。なお、44条1項の動物殺傷罪における「みだりに」も同様に解することができよう。たとえば、愛護動物自身をその耐え難い苦痛から逃れさせるために安楽死させることは、愛護動物にとって必要な行為であると解することもでき、「殺」すという構成要件に該当しないが、食用等に供するための愛護動物の殺害は、愛護動物にとっては不必要な行為であり、「殺」すという構成要件に該当するが、人間にとって必要な行為として、正当行為(刑法35条)に当たり、その違法性が阻却されることになるものと思われる。
- (42) 原田・前掲注(3) 536頁。
- (43) 動物愛護管理法令研究会編・前掲注(3) 122頁。
- (44) 原田・前掲注(3) 544頁参照。
- (45) もっとも、この点は、作為義務の発生根拠論に照らし、更なる検討が必要である。
- (46) 原田・前掲注(3) 533頁。中義勝「刑法における占有の概念」『総合判例研究叢書 法(4)』97頁(有斐閣、1956)参照。
- (47) 民法の占有の一要件たる「所持」においては、多少継続的な支配関係のあることが必要であると解されている(我妻栄『新訂 物権法(民法講義Ⅱ)』465頁(岩波書店、1983))。
- (48) 吉田・前掲注(3) 139頁、青木・前掲注(11) 172頁。
- (49) 原田・前掲注(3) 544頁。

- (50) 片山・前掲注(26) 66頁。
- (51) このように、「虐待」には不作為形態のみならず、作為形態も含まれると解するときには、「虐待」概念をより明確にするために、不作為のみならず、作為についてもその例示行為を規定することが望ましいと言える。
- (52) 先に本文で述べたとおり、軽犯罪法1条21号は「酷使」という作為による虐待を処罰していた。また、わが国の「児童虐待の防止等に関する法律」は「児童虐待」の行為態様として作為を規定し（同法2条1号、2号、4号）、「高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律」も「養護者による高齢者虐待」「養介護施設従事者等による高齢者虐待」の行為態様として作為を掲げている（同法2条4項1号イ、ハ、ニ、同項2号、同条5項1号イ、ハ、ニ、ホ、同項2号）。また、ドイツの動物保護法（Tierschutzgesetz）では、動物に対しその能力を超えている給付を要求する行為（同法3条1号）、他の動物にある動物をけしかける行為（同条8号）、強制的に動物に飼料を食べさせる行為（同条9号）などの作為態様の行為が禁止され、この禁止に反した者は、秩序違反行為を行ったものとして、過料に処せられる（18条1項4号、4項）。なお、ドイツの動物保護法の翻訳として、渋谷敏「動物保護法」外法34巻1・2号208頁以下（1995）がある。
- (53) なお、軽犯罪法1条21号の動物虐待罪の法定刑（勾留又は科料（同条各号列記以外の部分））及び動物保護管理法13条1項の動物虐待罪の法定刑（3万円以下の罰金）は、いずれも、動物愛護管理法44条2項の動物虐待罪の法定刑（50万円以下の罰金）と著しく異なるのであり、これらを参考にして、動物愛護管理法における「虐待」行為の程度を判断することはできない（片山・前掲注(26) 65頁参照）。
- (54) 動物愛護管理法令研究会編・前掲注（3）122頁。
- (55) 裁判所ホームページ「下級裁判所判例集」（アクセス2008年9月22日）（最高裁判所）http://www.courts.go.jp/search/jhsp0030?action_id=dspDetail&hanreiSrchnKbn=04&hanreiNo=6500&hanreiKbn=03、LEX/DB文献番号28085518。本判決の評釈として、吉田・前掲注（3）138-9頁、青木・前掲注（11）163頁以下、三上・前掲注（2）82頁以下がある。
- (56) 伊那簡裁平成15年3月13日判決が動物愛護管理法27条2項の動物虐待罪を初めて適用したものであるとする指摘として、吉田・前掲注（3）139頁、青木・前掲注（11）168頁。また、環境省自然環境局総務課動物愛護管理室「第2回 動物の愛護管理のあり方検討会」（2004年3月1日）配布資料「資料2 虐待及び遺棄の防止規制」7頁以下（環境省ホームページ（アクセス2008年9月22日）（環境省）http://www.env.go.jp/nature/dobutsu/aigo/2_data/arikata/h16_02.html）も参照。

- (57) 平成11年の動物愛護管理法の改正時に付された附帯決議十では「4 罰則の対象となる虐待の定義等については、本法に基づく摘発や立件等の状況を踏まえ、見直しの必要性も含め検討を行うこと」とされている。この附帯決議については、青木・前掲注（11）187頁以下を参照。なお、諸外国の動物保護に関連する法規については、新美育文「イギリスのペット法事情」法時73巻4号5頁以下（2001）、椿久美子「ドイツのペット法事情」法時73巻4号16頁以下（2001）、青木・前掲注（3）21頁以下、同149頁以下、伊藤司「刑法犯と秩序違反の違いについての一考察—ドイツの動物保護法の場合—」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』426頁以下（青林書院、2002）、ペット六法編集委員会編「ペット六法第2版用語解説・資料篇」6頁以下（誠文堂新光社、2006）などを参照。